



Centro Universitário de Brasília - UNICEUB  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

**Camila Soares de Freitas**

**PROVA ILÍCITA:**  
**Possibilidade de sua excepcional utilização em sentença penal condenatória**

Brasília  
2013

**Camila Soares de Freitas**

**PROVA ILÍCITA:**

**Possibilidade de sua excepcional utilização em sentença penal condenatória**

Trabalho apresentado como pré-requisito para a obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, do Centro Universitário de Brasília.  
Orientador: Professor Marcus Vinícius Reis Bastos.

Brasília

2013

**Camila Soares de Freitas**

**PROVA ILÍCITA**

**Possibilidade de sua excepcional utilização em sentença penal condenatória**

Trabalho apresentado como pré-requisito para a obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Professor Marcus Vinícius Reis Bastos.

Brasília,        de        de 2013.

**Banca Examinadora:**

---

Prof. Marcus Vinícius Reis Bastos  
Orientador

---

Prof. José Carlos Veloso Filho  
Examinador

---

Prof. Humberto Fernandes de Moura  
Examinador

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao meu orientador, Professor Marcus Vinícius Reis Bastos, por toda a paciência e dedicação na elaboração deste trabalho.

Ao Professor José Theodoro Carvalho, por ter despertado minha paixão pelo direito processual penal.

Aos meus pais, Daniel Rocha de Freitas e Vânia Maria Soares de Freitas, base do meu caráter e a quem dedico minha profunda admiração.

Aos meus avós, Maria Benedita Dias e Raul Raimundo Rocha, meus exemplos.

À minha irmã, Rosiane Soares de Freitas, meu orgulho.

Ao meu namorado, Kléber Vinícius Bezerra Camelo de Melo, meu amor e maior incentivador.

## **RESUMO**

O tema da pesquisa dedica-se a analisar as provas ilícitas verificando a possibilidade de serem utilizadas excepcionalmente em sentença penal condenatória através da aplicação do Princípio da Proporcionalidade. Para tanto, o trabalho conceitua prova ilícita, de acordo com o entendimento doutrinário e as alterações feitas ao Código de Processo Penal através da Lei nº 11.690 de 2008, que inseriu expressamente ao ordenamento jurídico brasileiro a inadmissibilidade da prova ilícita por derivação. Em seguida, examina-se a regra constitucional da inutilização da prova ilícita, abordando a possibilidade de sua admissibilidade para absolver e, com apelo ao princípio da proporcionalidade, para condenar. Pretende-se demonstrar que a regra constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas não é absoluta. Dessa forma, analisam-se casos em que foi admitida a utilização da prova ilícita com o intuito de assegurar um valor mais relevante para a sociedade, visando, sempre, o interesse público.

Palavras-chave: Provas Ilícitas. Princípio da Proporcionalidade. Condenação.

## SUMÁRIO

<b>Introdução</b> .....	6
<b>1 Prova ilícita</b> .....	8
1.1 Persecução penal e o Princípio da legalidade. ....	8
1.2 Conceito de prova ilícita .....	10
1.3 Prova ilícita por derivação .....	15
1.4 Escusas que permitem aceitar a prova ilícita por derivação .....	19
1.5 Disciplina legal .....	24
<b>2 Inadmissibilidade da prova ilícita (regra constitucional; fundamento da vedação constitucional; alcance da regra; utilização da prova ilícita para absolver; jurisprudência do Supremo Tribunal Federal)</b> .....	27
<b>3 Utilização da prova ilícita para condenação (possibilidade ou não de se utilizar a prova ilícita para condenar; Princípio da proporcionalidade, da legalidade e do devido processo penal; estudo de precedentes do Supremo Tribunal Federal)</b> .....	36
<b>Conclusão</b> .....	47
<b>Referências</b> .....	52

## INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como objeto o aprofundamento no estudo das provas ilícitas verificando a possibilidade de sua excepcional utilização em sentença penal condenatória, frente ao Princípio da Proporcionalidade.

O objetivo da prova é reconstruir os fatos que geraram a investigação no processo, de forma que se encontre o mais próximo possível a realidade histórica, ou seja, encontrar a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorrido no espaço e no tempo.<sup>1</sup>

Com o intuito de se chegar à verdade real dos fatos investigados, tem-se vários meios e métodos de prova, porém, deve-se chegar a tal finalidade observando os limites estabelecidos na Constituição Federal de 1988 e na leis brasileiras, qual seja, o respeito aos direitos e às garantias individuais, do acusado e de terceiros, protegidos pelo imenso manto da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente.<sup>2</sup>

Assim, o presente trabalho foi dividido em três capítulos com vistas à análise da admissibilidade ou inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal brasileiro em sentença penal condenatória.

No primeiro capítulo, tendo em vista que as provas podem infringir matéria constitucional ou matéria processual, tratamos de conceituar e diferenciar as provas ilegais, ilícitas e ilegítimas, uma vez que as consequências advindas da introdução de cada uma delas no processo penal são distintas. Abordou-se, também, nesse capítulo, sobre a nova redação dada a diversos dispositivos do Código de Processo Penal através da Lei nº 11.690 de 2008, a qual introduziu, de forma expressa, a prova ilícita por derivação no ordenamento jurídico penal. Logo

---

<sup>1</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 327.

<sup>2</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 328.

em seguida, analisaram-se os casos em que se permite utilizar a prova ilícita por derivação.

No segundo capítulo, dissertou-se a respeito da regra constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita no processo brasileiro, que se encontra arraigada no título dos Direitos e Garantias Fundamentais, no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”<sup>3</sup> Seguidamente, abordou-se acerca da admissibilidade da utilização da prova obtida ilicitamente para a comprovação da inocência do acusado.

No terceiro capítulo, tratou-se da relação do princípio da proporcionalidade com a possibilidade de utilização da prova ilícita, uma vez que este princípio busca encontrar um equilíbrio entre os valores contrastantes. Logo após, analisaram-se julgamentos do Supremo Tribunal Federal, nos quais se encontraram casos em que, através da utilização do Princípio da Proporcionalidade, aceitou-se a utilização da prova ilícita no processo penal brasileiro para condenação.

Assim, busca-se, através deste trabalho, a resposta à seguinte hipótese levantada: a regra constitucional da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, pode fazer com que outros princípios constitucionais e processuais penais prevaleçam.

---

<sup>3</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 11 maio 2013.



## 1 PROVA ILÍCITA

A princípio, faz-se necessário trazer as acepções doutrinárias acerca da conceituação de prova, abordando, ao final, a definição de prova ilícita.

Para Fernando da Costa Tourinho Filho, provar é um instrumento de verificação da existência de certos fatos. Sendo assim, provar é “estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la.”<sup>4</sup>

Na concepção do doutrinador Eugênio Pacelli de Oliveira, “as provas no processo desempenham uma função muito bem definida, a saber: a reconstrução da realidade histórica, sobre a qual se pronunciará a certeza quanto à verdade dos fatos, para fins de formação da coisa julgada.”<sup>5</sup>

A prova possui importância no processo judicial na medida em que contribui diretamente para a formação do convencimento do julgador acerca da lide. É necessário, no entanto, que o juiz acolha e valore, em regra, apenas os meios de prova considerados lícitos visando assegurar a segurança jurídica e direitos e garantias individuais, estas indispensáveis à formação de um Estado Democrático de Direito.

### 1.1 PERSECUÇÃO PENAL E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Uma vez praticada a infração penal, cumpre ao Estado, em princípio, a apuração e o esclarecimento dos fatos e de todas as suas circunstâncias, observando, é claro, os princípios constitucionais, principalmente, o princípio da

---

<sup>4</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 561.

<sup>5</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 341.

legalidade para a aquisição das provas. Sendo assim, a persecução penal será sempre um dever do Estado, pois esta possui o monopólio da persecução penal.

De acordo com Julio Fabbrini Mirabete:

“para que se proponha a ação penal, entretanto, é necessário que o Estado disponha de um mínimo de elementos probatórios que indiquem a ocorrência de uma infração penal e de sua autoria. O meio mais comum, embora não exclusivo, para a colheita desses elementos é o inquérito policial. Tem este por objeto, assim, a apuração de fato que configure infração penal e respectiva autoria, para servir de base à ação penal ou às providências cautelares. Nos termos do artigo 4º do CPP, cabe à polícia judiciária, exercida pelas autoridades policiais, a atividade destinada à apuração das infrações penais e da autoria por meio do inquérito policial, preliminar ou preparatório da ação penal. À soma dessa atividade investigatória com a ação penal promovida pelo Ministério Público ou ofendido se dá o nome de **persecução penal** (*persecutio criminis*). Com ela se procura tornar efetivo o *jus puniendi* resultante da prática do crime a fim de se impor ao seu autor a sanção penal cabível.”<sup>6</sup>

Ocorre que, “muitas vezes, a persecução penal resta prejudicada face à presença de elementos probatórios iniciais advindos de meios ilícitos.”<sup>7</sup>

Dessa forma, conclui o citado autor que “persecução penal significa, portanto, a ação de perseguir o crime. Assim, além da ideia da ação da justiça para punição ou condenação do responsável por infração penal, em processo regular inclui ela os atos praticados para capturar ou prender o criminoso, a fim de que se veja processar e sofrer a pena que lhe for imposta.”<sup>8</sup>

A introdução do princípio da legalidade no seio constitucional dos Estados modernos, por si só, já é uma garantia aos direitos individuais, pois importa numa restrição ao modo de coleta de provas, uma vez que limita a ação dos aplicadores do direito à esfera da legalidade, que hoje inclui os princípios da moralidade e da finalidade dos atos da Administração.

---

<sup>6</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 73.

<sup>7</sup> TEIXEIRA, Ana Paula Furlan. Prova Ilícita. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 35, n. 2, p. 160-181, jul./dez 2009. p. 169.

<sup>8</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 73.

O princípio da legalidade exige um controle do conteúdo do direito positivo, fato que confere grande margem de segurança para uma análise acerca da ilicitude das provas processuais. Evita que a classificação destas como ilícitas seja fato gerador de injustiças sociais ou imoralidades e, simultaneamente, garante ao cidadão a segurança de que será sempre julgado dentro dos estritos marcos das leis do Estado de Direito, sobretudo porque na interpretação do princípio da legalidade deve preponderar a lógica extraível da norma legal.<sup>9</sup>

Assim, quando o Estado observa a legalidade na condição de persecutor criminal, assegura à sociedade que garantirá a paz social.

## 1.2 CONCEITO DE PROVA ILÍCITA

O princípio da persuasão racional e a incansável busca pela verdade real levam-nos a concluir que os meios de provas permitidos na nossa legislação, nos artigos 158 a 251, do Código de Processo Penal, não se tratam de um rol taxativo. Dessa forma, a previsão legal é apenas exemplificativa, por isso são admitidas, também, as provas inominadas – que não são expressamente previstas na nossa legislação. Porém, essa ampla liberdade da prova encontra limites.

Reza o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal de 1988, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Para a maioria dos doutrinadores<sup>10</sup>, existe o gênero, qual seja, prova ilegal, e este gênero subdivide-se em provas ilícitas e ilegítimas. Sendo assim, faz-se necessário, a distinção entre provas ilícitas e provas ilegítimas.

Luiz Francisco Torquato Avolio afirma que prova ilegítima é toda prova cuja colheita estaria ferindo norma de direito processual penal. Assim, quando se

---

<sup>9</sup> LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 67.

<sup>10</sup> Em sentido contrário: NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 93-94.

tem uma prova ilegítima, a solução estará dentro do próprio processo penal, uma vez que o Código Processual Penal determina as formas e modalidades de produção da prova com a sanção correspondente a cada transgressão, que pode implicar em nulidade.

Julio Fabbrini Mirabete aduz que as provas ilegítimas são “as que afrontam normas de Direito Processual, tanto na produção quanto na introdução da prova no processo.”<sup>11</sup>

De forma bem sucinta, Fernando Capez ensina que prova ilegítima é quando a norma afrontada tiver natureza processual.<sup>12</sup>

Sendo assim, as provas ilegítimas são aquelas produzidas frente a uma violação de uma norma processual, sem afrontar diretamente preceitos constitucionais. Portanto, são normas que não podem ser declaradas inconstitucionais frente à sua natureza processual, mas sim ilegais.

Um claro exemplo de prova ilegítima é o caso de quando se infringe o artigo 207, do Código de Processo Penal, que determina a proibição de depor em relação a fatos que envolvam o sigilo profissional.

Já em relação às provas ilícitas, ou ilicitamente obtidas, Avolio entende que é a prova colhida com transgressão a normas ou princípios de direito material, assim, haverá sanções penais para o infrator. O autor destaca ainda que a problemática da prova ilícita prende-se sempre à questão das liberdades públicas, sobressaindo, assim, a infração ao direito constitucional, onde estão assegurados os direitos e garantias atinentes à intimidade, à liberdade, à dignidade humana. Porém, afirma que há, também, na norma infraconstitucional – direito penal, civil, administrativo – outros direitos ou cominações legais que podem se contrapor às exigências de segurança social, investigação criminal e acerto da verdade,

---

<sup>11</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 260.

<sup>12</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 347.

tais os de propriedade, inviolabilidade do domicílio, sigilo de correspondência, e outros.<sup>13</sup>

De igual entendimento, temos a doutrina de Fernando Capez, a qual afirma que “quando a prova for vedada, em virtude de ter sido produzida com afronta a normas de direito material, será chamada de ilícita.”<sup>14</sup> Sendo assim, tais provas não serão admitidas no processo penal, devendo ser desentranhadas dos autos.

Ainda sobre prova ilícita, para Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, que aplica supletivamente o artigo 332 do Código de Processo Civil ao Processo Penal, são proibidas as provas obtidas contra a lei, as afrontadoras dos costumes, as contrárias à moral e aos bons costumes, bem como as ofensivas a um princípio geral de direito<sup>15</sup>, uma vez que o referido artigo do Código de Processo Civil preceitua que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.”<sup>16</sup>

Para o doutrinador Guilherme de Souza Nucci, o conceito dado a provas ilícitas e ilegítimas por estes doutrinadores encontra-se equivocado. De acordo com Nucci: “o gênero é a ilicitude – assim em Direito Penal, quanto nas demais disciplinas, inclusive porque foi o termo utilizado na Constituição Federal – significando o que é contrário ao ordenamento jurídico, contrário ao Direito de um modo geral, que envolve tanto o ilegal, quanto o ilegítimo, isto é, tanto a infringência às normas legalmente produzidas, de direito material e processual, quanto aos princípios gerais de direito, aos bons costumes e à moral.”<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas, atualizada em face da Lei 9.296/96 e da Jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 44.

<sup>14</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 347.

<sup>15</sup> ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 54.

<sup>16</sup> BRASIL. *Lei nº 5.869, 11 jan 1973. Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm)>. Acesso em: 11 maio 2013.

<sup>17</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 93.

Dessa maneira, para o referido doutrinador, o ilícito acopla o que é colhido ilegalmente, ou seja, ofendendo direito material, e o que é produzido ilegitimamente, ou seja, as proibidas por normas processuais. Conclui, ainda, que “se houver a inversão dos conceitos, aceitando-se que ilicitude é espécie de ilegalidade, então a Constituição estaria vedando somente a prova produzida com infringência à norma de natureza material e liberando, por força da natural exclusão, as provas ilegítimas, proibidas por normas processuais, o que se nos afigura incompatível com o espírito desenvolvido em todo o capítulo dos direitos e garantias individuais.”<sup>18</sup>

Ocorre que a nova redação dada ao artigo 157, do Código de Processo Penal através da Lei nº 11.690/2008, e de acordo com o autor Fernando da Costa Tourinho Filho<sup>19</sup>, extinguiu o discríme entre provas ilegítimas e provas ilícitas, tendo em vista que, com a modificação, o referido artigo passou a dispor:

“São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim, entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.”<sup>20</sup>

Sendo assim, de acordo ainda com o entendimento do autor Fernando da Costa Tourinho Filho, evidente é que as provas obtidas ilegitimamente foram inseridas no rol das provas ilícitas.

Para Nucci, a reforma optou pela ampliação do conceito de ilícito, deixando evidente o seu entendimento de que ilícito é gênero, de modo que “são ilícitas as provas obtidas em afronta a normas penais ou processuais.”<sup>21</sup>

De acordo com a doutrina de Fernando Capez, “a reforma processual penal distanciou-se da doutrina e jurisprudência pátrias que distinguíam as provas

---

<sup>18</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 94.

<sup>19</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 566.

<sup>20</sup> BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, 03 out 1941. Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 11 maio 2013.

<sup>21</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 94.

ilícitas das ilegítimas, concebendo como prova ilícita tanto aquela que viole disposições materiais como processuais.”<sup>22</sup>

Embora a nova redação do artigo 157, do Código de Processo Penal, tenha acabado com a distinção entre provas ilícitas e ilegítimas, é importante dar atenção à diferença dos conceitos, uma vez que as consequências advindas da introdução de cada uma delas no processo penal são distintas, eis que a primeira gera inconstitucionalidade e a segunda gera mera ilegalidade.

Neste sentido temos o entendimento de Ana Paula Furlan Teixeira em seu artigo publicado na Revista Direito e Justiça, de Porto Alegre<sup>23</sup>, vejamos:

“Como as provas ilegítimas constituem violação a normas de direito processual, geram nulidades por vício de procedimento. Assim, para a violação meramente processual satisfaz-se por meio da sanção erigida pela nulidade e pela ineficácia da decisão em que se fundarem os seus resultados.

Portanto, para verificar se a prova pode ou não ser aproveitada, deve-se analisar o caráter da nulidade constatada. Caso seja violada uma norma processual que ocasione nulidade absoluta, conforme as regras sobre nulidades processuais do processo penal, a prova não poderá ser utilizada. É, portanto, insanável. Contudo, caso a nulidade encontrada ser tida como relativa, ela deverá ser analisada à luz do caso concreto. Nesta última situação, se a nulidade não for arguida em tempo oportuno, precluindo, a prova pode ser utilizada pelas partes, havendo o saneamento da nulidade. No entanto, se a nulidade não sanada, caso arguida em tempo oportuno, uma vez declarada, não poderá ser utilizada pelas partes litigantes.”

No caso de prova ilícita, o ordenamento veda absolutamente o seu ingresso no processo e a consequente valoração pelo juiz.

Portanto, em que pese o legislador reformista ter estabelecido que as provas ilícitas são aquelas produzidas com afronta a regras constitucionais e legais,

---

<sup>22</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 348.

<sup>23</sup> TEIXEIRA, Ana Paula Furlan. Prova Ilícita. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 35, n. 2, p. 160-181, jul./dez 2009. p. 164.

entende-se que as provas ilícitas são apenas aquelas que acarretam violação a normas de direito material.<sup>24</sup>

### 1.3 PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO

A partir da Lei nº 11.690/2008, que deu nova redação a diversos dispositivos do Código de Processo Penal, a prova ilícita por derivação passa a integrar a ordem processual penal brasileira de modo expresso.

Anteriormente à vigência da referida Lei, os Tribunais Superiores já adotavam a teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. Esta teoria, adotada pelos Estados Unidos da América, afirma que “uma árvore de natureza podre, envenenada, só pode gerar frutos podres ou envenenados, sendo inadmissível sua utilização, ou seja, de uma prova obtida por meios ilícitos, só derivam provas ilícitas.”<sup>25</sup>

De acordo com o professor Guilherme de Sousa Nucci<sup>26</sup>, a teoria americana advém do preceito bíblico de que a “árvore envenenada não pode dar bons frutos”, explica, ainda, que a única maneira encontrada pela justiça americana para dar fim aos abusos cometidos por policiais foi tornando ineficaz e inútil a prova produzida por mecanismos ilícitos, sejam elas primárias ou secundárias.

A doutrina de Mougénot<sup>27</sup> ensina que a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada consiste na afirmação de que estão igualmente viciadas e não podem ser admitidas na fase decisória do processo penal, as provas obtidas lícitamente, mas que sejam derivadas ou sejam consequência do aproveitamento de informações contida em material probatório obtido com violação dos direitos

---

<sup>24</sup> TEIXEIRA, Ana Paula Furlan. Prova Ilícita. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 35, n. 2, p. 160-181, jul./dez 2009. p. 164.

<sup>25</sup> ASSIS, Drieper Chagas de. Provas ilícitas no processo penal – vedação constitucional e o direito de defesa. *Revista Jurídica INIJUS*, Uberaba, v. 12, n. 16, p. 169-184, maio 2009. p.176.

<sup>26</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 89.

<sup>27</sup> BONFIM, Edilson Mougénot. *Curso de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 346.



constitucionais do acusado. “Vale dizer: tal teoria sustenta que as provas ilícitas por derivação devem igualmente ser desprezadas, pois “contaminadas” pelo vício (veneno) da ilicitude do meio usado para obtê-las.”

A referida teoria já vinha sendo aplicada aos casos concretos pelos Tribunais Superiores, conforme jurisprudência a seguir. Vale ressaltar que são julgados anteriores a edição da Lei nº 11.690/2008, sendo assim, como já citado anteriormente, mesmo não tendo expressamente em nossa legislação, os Tribunais Superiores já adotavam a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, mesmo antes da vigência da nova lei que se deu em 2008. Vejamos:

“EMENTA: HABEAS-CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROVA ILÍCITA: ESCUTA TELEFÔNICA. 1. É ilícita a prova produzida mediante escuta telefônica autorizada por magistrado, antes do advento da Lei nº 9.296, de 24.07.96, que regulamentou o art. 5º, XII, da Constituição Federal; **são igualmente ilícitas, por contaminação, as dela decorrentes: aplicação da doutrina norte-americana dos “frutos da árvore venenosa”**. 2. Inexistência de prova autônoma. 3. Precedente do Plenário: HC nº 72.588-1-PB. 4. Habeas-corpus conhecido e deferido por empate na votação (RI-STF, art.150, § 3º), para anular o processo ab initio, inclusive a denúncia, e determinar a expedição de alvará de soltura em favor do paciente. (HC 74116, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 05/11/1996, DJ 14-03-1997 PP-06903 EMENT VOL-01861-01 PP-00178)” (grifo nosso)

De acordo com o entendimento do Ministro Celso de Mello, “ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação.”<sup>28</sup> No julgamento do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 90376, o referido Ministro Relator, Celso de Mello, ao analisar a questão da doutrina dos Frutos da Árvore Envenenada (a questão da ilicitude por derivação) afirma que “a exclusão da prova originalmente ilícita – ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação – representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à

<sup>28</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso em *Habeas Corpus*. RHC 90376. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, 03 abril 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RHC%24%2ESCLA%2E+E+90376%2ENUMER%2E%29+OU+%28RHC%2EACMS%2E+ADJ2+90376%2EACMS%2E%29&baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/asurf6n>> Acesso em 14 maio 2013.

garantia do “due process of law” e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal.”<sup>29</sup>

Ressalta, ainda, que: “se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de um fonte autônoma de prova – que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originalmente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal – tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.”<sup>30</sup>

Como podemos observar, a Suprema Corte, em mais de uma ocasião, teve oportunidade de reconhecer a pertinência da Teoria americana dos Frutos da Árvore Envenenada.

Com o advento da nova Lei nº 11.690/2008, o artigo 157, § 1º do Código de Processo Penal ganhou nova redação, qual seja, “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.”<sup>31</sup>

De acordo com Eugênio Pacelli de Oliveira, a ilicitude por derivação é uma imposição da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente, uma vez que se “os agentes produtores da prova ilícita pudessem dela se valer para a obtenção de novas provas, a cuja existência somente se teria chegado a partir daquela (ilícita), a ilicitude da conduta seria facilmente contornável.

<sup>29</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso em *Habeas Corpus*. RHC 90376. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, 03 abril 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RHC%24%2ESCLA%2E+E+90376%2ENUME%2E%29+OU+%28RHC%2EACMS%2E+ADJ2+90376%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/asurf6n>>. Acesso em 14 maio 2013.

<sup>30</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso em *Habeas Corpus*. RHC 90376. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, 03 abril 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RHC%24%2ESCLA%2E+E+90376%2ENUME%2E%29+OU+%28RHC%2EACMS%2E+ADJ2+90376%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/asurf6n>>. Acesso em 14 maio 2013.

<sup>31</sup> BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, 03 out 1941. Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 11 maio 2013.

Bastaria a observância da forma prevista em lei, na segunda operação, isto é, na busca das provas obtidas por meio das informações extraídas pela via da ilicitude, para que se legalizasse a ilicitude da primeira (operação).”<sup>32</sup>

Conforme o entendimento de Nucci<sup>33</sup>, a prova ilícita por derivação consiste na inadmissibilidade de se utilizar a prova ilícita para gerar outra ou outras que se tornem lícitas, uma vez que todas as provas que advierem da ilícita são igualmente inadmissíveis.

Segundo Fernando Capez<sup>34</sup>, as provas ilícitas por derivação “são aquelas em si mesmas lícitas, mas produzidas a partir de outra ilegalmente obtida.” Sendo assim, a doutrina e a jurisprudência tendem a não aceitá-las, “uma vez que contaminadas pelo vício da ilicitude em sua origem, que atinge todas as provas subsequentes. Serão ilícitas as demais provas que delas se originarem.”

Vejamos a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto:

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. 1. AÇÃO PENAL INSTAURAÇÃO. BASE EM DOCUMENTAÇÃO APREENDIDA EM DILIGÊNCIA CONSIDERADA ILEGAL PELO STF E STJ. AÇÕES PENAIS DISTINTAS. IRRELEVÂNCIA. PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E SEGURANÇA JURÍDICA. 2. ILICITUDE DA PROVA DERIVADA. TEORIA DA ÁRVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS. DENÚNCIA OFERECIDA COM BASE EM PROVA DERIVADA DA PROVA ILÍCITA. IMPOSSIBILIDADE. TRANCAMENTO. 3. ORDEM CONCEDIDA. 1.Tendo o STF declarado a ilicitude de diligência de busca e apreensão que deu origem a diversas ações penais, impõe-se a extensão desta decisão a todas as ações dela derivadas, em atendimento aos princípios da isonomia e da segurança jurídica. 2. Se todas as provas que embasaram a denúncia derivaram da documentação apreendida em diligência considerada ilegal, é de se reconhecer a imprestabilidade também destas, de acordo com a teoria dos frutos da árvore envenenada, trancando-se a ação penal assim instaurada. 3. Ordem concedida para trancar a ação penal em questão, estendendo, assim, os efeitos da presente ordem também ao co-réu na mesma ação LUIZ FELIPE DA CONCEIÇÃO RODRIGUES.

<sup>32</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 363.

<sup>33</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 391.

<sup>34</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 348-349.

(100879 RJ 2008/0042875-2, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 19/08/2008, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/09/2008).” (grifo nosso).

Assim, “o dispositivo da vedação de provas ilícitas visa a proteção de direitos e garantias individuais, com destaque primeiramente para o princípio da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, nos termos do art. 1º, III.”<sup>35</sup>

À vista do exposto, não resta dúvida de que a prova ilícita originária envenena todas as demais provas obtidas a partir dela, salvo nos casos excepcionados, devendo estas, além daquela, serem desentranhadas do processo, que terá seu curso normal, com fulcro no material probatório lícito produzido.<sup>36</sup>

#### 1.4 ESCUSAS QUE PERMITEM ACEITAR A PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO

Como dito anteriormente, ao analisar o referido artigo 157, §1º, do Código de Processo Penal, notamos que “nem sempre que estivermos diante de uma prova obtida ilicitamente que teremos como consequência a inadmissibilidade de todas aquelas outras provas a ela subsequentes.”<sup>37</sup> É o caso de quando não se evidenciar o nexo de causalidade entre as provas ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

Para Mougenot, a ausência de demonstração do nexo de causalidade ocorre quando “não se consegue estabelecer a relação de causalidade entre duas provas – a ilícita e a que dela supostamente decorreu – razão pela qual não incidirá a teoria”<sup>38</sup> (Teoria do Fruto da Árvore Envenenada).

---

<sup>35</sup> COSTA, Paulo Christian Souza. Inadmissibilidade das provas ilícitas. *Revista da Justiça Federal: Amazonas*, v. 3, n. 6, p. 65-71, jul./dez. 2005. p. 66.

<sup>36</sup> TESSEROLI FILHO, Nourmirio Bittencourt. *Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada*, 2008. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/teoria-dos-frutos-da-arvore-envenenada/10575/#ixzz2BGTRCqmZ>>. Acesso em: 04 nov 2012.

<sup>37</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 365.

<sup>38</sup> BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 347.

Como se pode observar, essa parte do texto legal torna-se redundante, sendo até desnecessária a sua previsão normativa, tendo em vista que “na medida em que o conceito de prova derivada supõe, por si só, a existência de uma relação de causalidade entre a ilicitude da primeira prova e a obtenção da segunda. Se o vínculo não estiver evidenciado, é intuitivo que não se trata de prova derivada.”<sup>39</sup>

Em relação a exceção que diz respeito à prova de fonte independente, o doutrinador Guilherme de Souza Nucci afirma que “a prova originária de fonte independente não se macula pela ilicitude existente em prova correlata.”<sup>40</sup>

De acordo com a doutrina de Fernando Capez, “a prova derivada será considerada fonte autônoma, independente da prova ilícita, “quando a conexão entre umas e outras for tênue, de modo a não se colocarem as primárias e secundárias numa relação de estrita causa e efeito” (Grinover, Scarance e Magalhães, apud Antonio Scarance Fernandes, *Processo penal constitucional*, 5. Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 96-97).”<sup>41</sup> Neste sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal, no caso do julgamento do Habeas Corpus 84.679/MS, vejamos:

“HABEAS CORPUS. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. BUSCA E APREENSÃO REALIZADA EM DESACORDO COM A DETERMINAÇÃO JUDICIAL. EXISTÊNCIA DE PROVA AUTÔNOMA. **Evidenciada a existência de prova autônoma, descabe a pretensão de anular a decisão de recebimento da denúncia**, sob a alegação ter sido o mandado de busca e apreensão cumprido em desacordo com a determinação judicial de que os policiais se fizessem acompanhar de duas testemunhas. Ordem concedida.

(HC 84679, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 09/11/2004, DJ 12-08-2005 PP-00011 EMENT VOL-02200-01 PP-00106)” (grifo nosso).

O Supremo Tribunal Federal “entendeu que se deve preservar a denúncia respalda em prova autônoma, independente da prova ilícita impugnada por força da não observância de formalidade na execução de mandado de busca e

<sup>39</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciência Criminais 2010 – RBCCRIM* 85, v. 18, n. 85, p. 393-410, jul./ago. 2010. p. 404.

<sup>40</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 391.

<sup>41</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 356.

apreensão.”<sup>42</sup> Portanto, “se o caminho trilhado na investigação ou a realização normal da instrução criminal puderem levar à prova derivada da ilícita, não se considerará imprestável o elemento carreado aos autos.”<sup>43</sup>

Tal jurisprudência condiz com os ensinamentos do professor Fernando da Costa Tourinho Filho que afirma que “se a Autoridade Policial consegue uma prova lícita, tendo por fonte uma prova ilícita, e, ao mesmo tempo, pelos meios normais de investigação (ouvindo testemunhas, fazendo buscas etc.) conseguir descobrir aquilo que investigava, evidente não se poder expungir dos autos a prova ilícita por derivação, porque mesmo sem ela o objetivo das diligências foi alcançado.”<sup>44</sup>

Percebemos que o §2º, do artigo 157, do Código de Processo Penal, considera fonte independente, aquela, que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

Com este conceito referente à fonte independente, o legislador “abre as portas para que, sob esse fundamento, toda e qualquer prova derivada de outra ilícita possa vir a ser convalidada.”<sup>45</sup>

Assim, confunde-se a definição dada à fonte independente no §2º, do artigo 157, do Código de Processo Penal, com a teoria da descoberta inevitável.

De acordo com Fernando Capez, “o legislador considera, assim, fonte independente a descoberta inevitável, mas tal previsão legal é por demais ampla, havendo grave perigo de se esvaziar uma garantia constitucional, que é a vedação da utilização da prova ilícita.”<sup>46</sup>

---

<sup>42</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 356.

<sup>43</sup> BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 347.

<sup>44</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 572.

<sup>45</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciência Criminais 2010 – RBCCRIM* 85, v. 18, n. 85, p. 393-410, jul./ago. 2010. p. 404.

<sup>46</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 357.

Para a teoria da descoberta inevitável<sup>47</sup>, que é muito utilizada no direito estadunidense, “a prova tem efetivamente uma origem ilícita, mas as circunstâncias do caso permitem considerar, por hipótese, que seria inevitavelmente obtida, mesmo se suprimida a fonte ilícita.”<sup>48</sup> Neste caso, a prova deve ser inevitavelmente descoberta através de uma investigação legal. Com isso, evita-se a contaminação da totalidade das provas que sejam subsequentes à ilícita.

Já a teoria da fonte independente<sup>49</sup> “supõe que o dado probatório possua efetivamente duas origens, uma ilícita e outra lícita, subsistindo como elemento de convicção válido, mesmo com a supressão da fonte ilegal.”<sup>50</sup> Dessa forma, fonte independente baseia-se precisamente na ausência fática de relação de causalidade ou de dependência lógica ou temporal – produção da prova posteriormente à ilícita. Fonte de prova independente é apenas isso: prova não relacionada com os fatos que geraram a produção da prova contaminada.

Como se pode observar da leitura do texto legal, foi empregado na parte final do §1º, do artigo 157, do Código de Processo Penal, o verbo no condicional – “puderem ser obtidas”. Dessa forma, “a lei dá a entender que basta a

---

<sup>47</sup> “A Teoria em questão, que tem origem no caso *Nix V. Willians*, julgado pela Suprema Corte americana, em 1984, permite o uso de prova obtida inconstitucionalmente, se, hipoteticamente, a polícia tivesse “inevitavelmente” a prova mesmo que a busca ilegal não tivesse ocorrido. A teoria foi adotada pela Suprema Corte norte-americana no caso *Nix V. Willians*. No caso, o acusado do homicídio de uma menina de dez anos acabou por se dispor a revelar a localização do corpo enquanto era conduzido, preso, em um automóvel, por policiais, sem que estivesse sendo ouvido formalmente, ou seja, acompanhado de advogado e advertido de seus direitos. A esse tempo, como havia indícios no local onde estaria o corpo, mais de duzentos voluntários estavam já empenhados na busca em local próximo, daí ter o Tribunal concluído que a prova seria produzida inevitavelmente, independentemente do auxílio do réu.” (BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. 2009. *apud* TEIXEIRA, Ana Paula Furlan. Prova Ilícita. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 35, n. 2, p. 160-181, jul./dez 2009. p. 170.)

<sup>48</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciência Criminais 2010 – RBCCRIM* 85, v. 18, n. 85, p. 393-410, jul./ago. 2010. p. 406.

<sup>49</sup> “A independente source limitation foi reconhecida pela Suprema Corte, no caso *Bynum v. U.S.* (1960): o acusado havia sido preso ilegalmente e, nessa ocasião, foram tiradas suas impressões digitais que comprovavam seu relacionamento com um roubo. No entanto, a prova foi excluída porque derivada da prisão ilegal. Em um segundo julgamento, a acusação trouxe outras impressões digitais mais antigas para comparação. Tais impressões estavam nos arquivos do F.B.I., assim, reconheceu-se a validade da prova, pois agora não havia conexão com a prisão arbitrária”. (GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciência Criminais 2010 – RBCCRIM* 85, v. 18, n. 85, p. 393-410, jul./ago. 2010. p. 402.)

<sup>50</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciência Criminais 2010 – RBCCRIM* 85, v. 18, n. 85, p. 393-410, jul./ago. 2010. p. 404.

simples possibilidade de que a prova viesse a ser obtida por meio lícito para afastar a sua contaminação pela ilegalidade inicial.”<sup>51</sup> “Nem mesmo seria necessário que a prova derivada tivesse sido efetivamente conseguida de forma regular, bastando que houvesse uma mera possibilidade disso.”<sup>52</sup>

Dessa forma, observamos que a Lei nº 11.690/2008, que inseriu o artigo 157, § 2º, no Código de Processo Penal, cometeu um equívoco técnico ao definir o significado de “fonte independente”, confundindo-se a definição dada com outra espécie de aproveitamento de prova, qual seja, a teoria da descoberta inevitável.

Como podemos observar, “os fundamentos dessas duas exceções à contaminação da prova são evidentemente diversos: na hipótese de haver uma fonte independente, a prova derivada tem concretamente duas origens: uma ilícita e outra lícita, de tal modo que, ainda que suprimida a fonte ilegal, o dado probatório trazido ao processo subsiste e, por isso, pode ser validamente utilizado. Já na situação de descoberta inevitável, a prova tem efetivamente uma origem ilícita, mas as circunstâncias do caso permitem considerar, por hipótese, que seria inevitavelmente obtida, mesmo se suprimida a fonte ilícita.”<sup>53</sup>

A rigor, no caso de fonte independente, o que se exclui é a própria relação de causalidade. De acordo com o entendimento do Tribunal Supremo espanhol, “não se dá a contaminação da prova derivada quando for possível estabelecer desconexão causal.” (Sentenças 210/97, 2783/93 e 311/94, citadas por Maximiliano Hairabedián, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2002, p. 70, nota 178.) Isso explica o porque de fonte independente não ser considerada como uma causa de inadmissibilidade de prova ilícita por derivação, mas, sim, permitindo sua valoração.

---

<sup>51</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciência Criminais 2010 – RBCCRIM* 85, v. 18, n. 85, p. 393-410, jul./ago. 2010. p. 404.

<sup>52</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciência Criminais 2010 – RBCCRIM* 85, v. 18, n. 85, p. 393-410, jul./ago. 2010. p. 405.

<sup>53</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciência Criminais 2010 – RBCCRIM* 85, v. 18, n. 85, p. 393-410, jul./ago. 2010. p. 405-406.



Dessa maneira, deve haver um exame cuidadoso de cada situação concreta, avaliando a eventual derivação da ilicitude. Se assim não fosse, seria muito fácil para o agente do crime furtar-se à ação da persecução penal, caso todas as provas que fossem obtidas a partir da notícia – derivada de prova ilícita – da existência de um crime fossem também ilícitas. Pode-se e deve-se recorrer, ainda, ao critério da razoabilidade ou proporcionalidade, que se pondera os bens e/ou juízo de adequabilidade da norma de direito ao caso concreto.

Assim, observamos que, o que o Estado quer efetivamente proteger, na verdade, não é unicamente a ética do procedimento, mas, sobretudo, a violação a direitos fundamentais, em regra, mais expostos a tais diligências investigativas.<sup>54</sup>

Afinal, não é porque a prova é idônea a demonstrar os fatos que se deve sempre aceitá-la.<sup>55</sup>

## 1.5 DISCIPLINA LEGAL

O Sistema Processual Brasileiro, desde o advento da Constituição Federal de 1988, disciplinou em seu texto como garantia fundamental do cidadão a vedação e a inadmissibilidade de se produzir em juízo qualquer tipo de prova ou elemento de convicção em desacordo com as normas de direito.

Portanto, toda conduta desalinhada com uma norma ou princípio jurídico não tem aptidão para servir como elemento de convencimento ou

<sup>54</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 363-367.

<sup>55</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. *Habeas Corpus*. HC 83463. Relator Ministro Carlos Velloso. Brasília, 13 mar 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+83463%2ENUM%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+83463%2EACMS%2E%29&base=b aseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cjksh4n>>. Acesso em: 14 maio 2013.

comprovação de fatos perante às instituições republicanas que fundam o Estado Constitucional e Democrático.<sup>56</sup>

A Lei Maior do Estado Brasileiro assim define como cláusula pétrea a inadmissibilidade das provas ilícitas:

Artigo 5º, LVI – “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”<sup>57</sup>

Entretanto, o ordenamento jurídico brasileiro passou por uma significativa evolução legislativa, com a edição da Lei Federal nº 11.690 de 09 de julho de 2008, que reformulou a redação do artigo 157 do Código de Processo Penal. A referida lei positivou uma disciplina legal e infraconstitucional para o instituto da vedação das provas ilícitas. Antes desta modificação normativa, o ordenamento jurídico mantinha um regramento genérico e tão somente em âmbito constitucional.

A nova redação do artigo 157, do Código de Processo Penal propôs-se a conceituar o instituto da prova ilícita, dispondo sobre os mecanismos de supressão dos efeitos desta prova no processo penal, bem como a definir a prova ilícita por derivação e a teoria da fonte probatória independente para os fins de se preservar os elementos de convicção que se apresentam aparentemente derivados de um ato processual ilícito, mas que rigorosamente não possuem sua gênese em qualquer prática ilegal.

A nova redação do referido artigo assim dispõe:

“Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

---

<sup>56</sup> ARTEIRO, Rodrigo Lemos. A nova posituação normativa das provas ilícitas, *Encontro de Iniciação científica*, São Paulo, v. 4, n. 4, 2008. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1879/1784>>. Acesso em 30 abril 2013.

<sup>57</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 11 maio 2013.

§1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

§4º (VETADO)<sup>58</sup>

Assim, constata-se que as alterações acima mencionadas cumpriram um papel importante na evolução do ordenamento jurídico brasileiro, transformando as orientações jurisprudenciais já consolidadas no Supremo Tribunal Federal – em relação à matéria de prova ilícita – em texto de lei.<sup>59</sup>

---

<sup>58</sup> BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, 03 out 1941. Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 11 maio 2013.

<sup>59</sup> ARTEIRO, Rodrigo Lemos. A nova posituação normativa das provas ilícitas, *Encontro de Iniciação científica*, São Paulo, v. 4, n. 4, 2008. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1879/1784>>. Acesso em: 04 nov 2012.

## 2 INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA (REGRA CONSTITUCIONAL; FUNDAMENTO DA VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL; ALCANCE DA REGRA; UTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA PARA ABSOLVER; JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL)

As provas ilícitas não são admitidas no ordenamento jurídico brasileiro, conforme já dito anteriormente. O art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal de 1988 preceitua que: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Tal vedação constitucional encontra ampla aplicabilidade no direito criminal nos dias atuais, seja no Supremo Tribunal Federal, nos tribunais superiores ou mesmo nas instâncias ordinárias.

Ada Pellegrini Grinover afirma que a utilização da prova ilícita foi permitida no processo quando fosse relevante, sendo apenas preconizada a punição do responsável pelo ilícito que originou a produção da prova. Posteriormente, estabeleceu-se o banimento de tais provas do processo, não importando a gravidade dos fatos apurados, pois estas provas seriam irremediavelmente inconstitucionais<sup>60</sup>.

A mesma autora informa que, até a Constituição Federal de 1988, preponderava a teoria da admissibilidade da prova ilícita no direito de família<sup>61</sup>.

Aliás, prevaleceu por muito tempo a máxima *male captum, bene retentum*, ou seja, cabe ao juiz decidir acerca da existência, ou não, do crime, e não, de como lhe chegaram – lícita ou ilicitamente – as provas do fato<sup>62</sup>. Portanto, inclusive no direito criminal, tal teoria chegou a ser amplamente defendida. Entretanto, tal entendimento não se coaduna com o atual sistema constitucional.

<sup>60</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 49.

<sup>61</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 49-50.

<sup>62</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Habeas Corpus*. HC 80.949. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 30 out 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1938813>>. Acesso em: 14 maio 2013.

Sob uma perspectiva diferenciada da acima apresentada, nos dias atuais, há os que defendem que a Constituição Federal deva ser interpretada de modo a coexistirem as normas fundamentais, ou seja, uma norma não pode ser aplicada de modo a anular/aniquilar a aplicação de outra norma constitucional, eis que, caso tal situação ocorra, haverá a hierarquização das normas constitucionais e violação ao princípio da unidade da constituição<sup>63</sup>.

Neste sentido, temos o entendimento de Fernando Capez, o qual ensina que “não existe propriamente um conflito entre as garantias fundamentais. No caso de princípios constitucionais contrastantes, o sistema faz atuar um mecanismo de harmonização que submete o princípio de menor relevância ao de maior valor social.”<sup>64</sup>

Dessa maneira, o direito fundamental da coletividade à efetiva ação persecutória do Estado (art. 5º, caput, da CF/88), qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do *due process of law*, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo<sup>65</sup>. Portanto, ambos os direitos e garantias fundamentais (ação persecutória do Estado e inadmissibilidade das provas ilícitas) deverão conviver harmonicamente, de modo que um não anule o outro.

---

<sup>63</sup> O entendimento dominante na teoria e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é de que não há hierarquia entre normas constitucionais, nem haveria direitos fundamentais absolutos. A referida menção foi proferida pelo Ministro Celso de Mello na ADPF 130: “É certo que o direito de crítica não assume caráter absoluto, eis que inexistem, em nosso sistema constitucional, como reiteradamente proclamado por esta Suprema Corte (RTJ 173/805-810,807-808, v.g.), direitos e garantias revestidos de natureza absoluta”.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. ADPF 130. Relator Ministro Carlos Britto. Brasília, 30 abril 2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=12837>>. Acesso em 14 maio 2013.

<sup>64</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 351.

<sup>65</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Habeas Corpus*. HC 90.094. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, 06 ago 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2444863>>. Acesso em: 14 maio 2013.

A referida regra constitucional, ou seja, a inadmissibilidade da prova ilícita é um direito fundamental individual, conforme se observa da jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal:

“Objeção de princípio – em relação à qual houve reserva de Ministros do Tribunal – à tese aventada de que à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita se possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes: é que, aí, foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou – em prejuízo, se necessário da eficácia da persecução criminal – **pelos valores fundamentais, da dignidade humana**, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita: de qualquer sorte – salvo em casos extremos de necessidade inadiável e incontornável – a ponderação de quaisquer interesses constitucionais oponíveis à inviolabilidade do domicílio não compete a posteriori ao juiz do processo em que se pretenda introduzir ou valorizar a prova obtida na invasão ilícita, mas sim àquele a quem incumbe autorizar previamente a diligência.” (**HC 79.512**, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, julgamento em 16-12-1999, Plenário, DJ de 16-5-2003.)” (grifo nosso)

Assim, segundo se observa do entendimento do ministro Sepúlveda Pertence do Supremo Tribunal Federal, a prova ilícita tem como fundamento precípua a dignidade da pessoa humana, ou seja, trata-se de direito fundamental ocupante do núcleo essencial da Constituição<sup>66</sup>. Vale notar também que as regras que regulam e limitam a obtenção, a produção e a valoração das provas são direcionadas ao Estado, no intuito de proteger os direitos fundamentais do indivíduo atingido pela persecução penal.

A garantia da proibição de produção de prova ilicitamente obtida também terá por fundamento o postulado do *due process of law* (devido processo legal), que tem uma projeção concretizadora do referido direito.<sup>67</sup>

A inadmissibilidade de prova produzida com transgressão ao ordenamento jurídico em vigor poderá ter como fundamento constitucional também o

<sup>66</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 319.

<sup>67</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 145.

preceito da proibição da auto-incriminação, conforme já observado pelo Ministro Celso de Mello:

"Em virtude do princípio constitucional que protege qualquer pessoa contra a auto-incriminação, **ninguém pode ser constrangido a produzir provas contra si próprio** (RTJ 141/512, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RTJ 180/1125, Rel. Min. MARÇO AURÉLIO - HC 68.742/DF , Rel. p/ o acórdão Min. ILMAR GALVAO, v.g.), **tanto quanto o Estado, em decorrência desse mesmo postulado, não tem o direito de tratar suspeitos, indiciados ou réus como se culpados (já) fossem** (RTJ 176/805-806, Rel. Min. CELSO DE MELLO)". (grifo nosso)

Dessa maneira, quando o Estado em determinadas situações colhe depoimento do acusado/indiciado sem a observância das mínimas garantias constitucionais (como a proteção de qualquer cidadão contra a auto-incriminação), tal prova será irremediavelmente ilícita.

A proibição da prova ilícita tem como contraposto o princípio da proporcionalidade<sup>68</sup> (quando utilizada com a finalidade probatória de determinado crime cuja repercussão social seja extremada) e a eficácia da persecução criminal, porém, pelo critério da ponderação<sup>69</sup>, a Constituição Federal optou por fazer prevalecer a inadmissibilidade da prova ilícita, considerando os fundamentos já expostos.

<sup>68</sup> Como bem anota o STF, ainda que o crime tenha particular repressão pela ordem constitucional, a garantia da vedação à prova ilícita mantém-se irretocável: "A Constituição reservou a determinados crimes particular severidade repressiva (art. 5º, XLIII e XLIV). Mas, como observa Magalhães Gomes Filho, por sua natureza, as restrições que estabelecem são taxativas: delas, não se podem inferir, portanto, exceções a garantia constitucional – qual, a da vedação da prova ilícita –, estabelecida sem limitações em função da gravidade do crime investigado."

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. HC 80.949. Primeira Turma. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 30 out 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1938813>>. Acesso em: 14 maio 2013.

Ver também: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. HC 69.912-0. Tribunal Pleno. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 25 mar 1994. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1551753>>. Acesso em: 14 maio 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 251445-4. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, 03 ago 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+251445%2E+29&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/antzjzmz>>. Acesso em 14 maio 2013.

<sup>69</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 334.

A Constituição Federal, portanto, desautoriza a produção de prova que caracteriza a transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo e proibindo quaisquer elementos probatórios que resultem violação do direito material ou mesmo processual, quando obtidas com violação à ordem normativa vigente.

A rejeição da produção de prova ilícita abrangerá, em regra, as provas que forem colhidas em razão daquela que foi considerada ilícita. Tal preceito assenta-se na doutrina americana dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*). Segundo a referida doutrina, ninguém poderá ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, ou de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado comprobatório, ainda que tenha sido produzido de modo válido, em momento posterior, não pode ter fundamento causal tampouco derivar de prova eivada de ilicitude originária, eis que deverá ser aplicada a garantia do devido processo legal<sup>70</sup>.

A ilicitude por derivação será demonstrada quando o órgão de acusação estatal somente teve acesso àquele meio de prova por intermédio e em razão daquela originariamente ilícita. Ressalte-se que a prova ilícita por derivação encontra conexão com o princípio da contaminação, na qual um ato ilícito acaba contaminando outro ato, que dele dependa diretamente ou que lhe seja consequência<sup>71</sup>.

Entretanto, em algumas situações, será admissível a utilização da prova ilícita, conforme a seguir.

Conforme ressaltado pelo ministro Celso de Mello, quando do julgamento do MS n. 23.452/RJ: não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das

<sup>70</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. HC 93.050. Tribunal Pleno. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, 01 ago 2008. Disponível em : <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+93050%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+93050%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bawg6ma>>. Acesso em: 14 maio 2013.

<sup>71</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 90.



liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição – (MS n. 23.452/RJ, rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJe12.5.2000). Assim, não há direitos e garantias fundamentais de caráter absoluto, sendo certo, também, que esses não podem, a qualquer pretexto, servir de manto protetor de práticas escusas.

Como bem analisa Eugênio Pacelli, “ao investigado sempre será mais proveitoso a existência de uma prova ilícita, sobretudo se produzida antes do início das investigações. Aí se poderá alegar que todas as demais, subsequentes, dependeriam da informação obtida com a ilicitude”<sup>72</sup>.

Dessa maneira, seguindo o raciocínio explanado, será necessário mitigar a garantia da não produção de provas ilícitas em determinadas situações com o fim de respeitar os termos previstos no próprio texto constitucional.

A jurisprudência encampada pelo Supremo Tribunal Federal aborda a existência de provas autônomas (*independent source*) e em descobertas inevitáveis<sup>73</sup> (*inevitable discovery*) como exceções à proibição ao uso da prova derivada da prova ilícita – as críticas a nova redação dada ao artigo 157, do Código de Processo Penal já foram feitas no capítulo anterior.

Se o órgão de persecução criminal demonstrar que obteve legitimamente novos elementos de informação de eventual crime, a partir de uma fonte autônoma, a referida prova não estará contaminada pela prova obtida de forma ilícita. Deve haver, para tanto, desvinculação causal, ou seja, ausência de nexo de causalidade entre a fonte probatória que está sendo utilizada e a prova obtida de forma ilícita.

---

<sup>72</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 314.

<sup>73</sup> Comentário: Construída pela Suprema Corte Norte-Americana no caso *Nix x Williams* (1984), “é certo que o curso normal das investigações conduziria ao encontro de elementos informativos que vinculariam os pacientes ao fato investigado”.

Nesse diapasão, nem sempre a existência de prova ilícita determinará a contaminação imediata de todas as outras constantes do processo, devendo ser verificada, no caso concreto, a configuração da derivação por ilicitude.

Na hipótese de excludente de ilicitude, ou seja, para a comprovação da inocência do acusado, admite-se a utilização de prova obtida ilicitamente:

**“Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade.** Afastada a ilicitude de tal conduta – a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime –, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o art. 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna).” (HC 74.678, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 10-6-1997, Primeira Turma, DJ de 15-8-1997.) No mesmo sentido: HC 91.613, rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 15-5-2012, Segunda Turma, DJE de 17-9-2012.” (grifo nosso)

Assim, o Supremo Tribunal Federal e a doutrina admitem a prova ilícita *pro reo*<sup>74</sup>. A prova obtida ilicitamente para a comprovação de inocência pode ser aplicada tanto na prova ilícita de forma originária, quanto naquela derivada.

Neste caso, o princípio que fundamenta a aplicação da prova obtida ilicitamente é o da proporcionalidade. Ao comparar o instituto da comprovação de inocência e o da proibição da prova ilícita, prevalecerá o primeiro.

Para Guilherme de Sousa Nucci, “é natural que não seja possível sustentar a proibição da prova ilícita quando essa vedação for contra os interesses do réu inocente.”

Conclui dizendo que “se uma prova for obtida por mecanismo ilícito, destinando-se a absolver o acusado, é de ser admitida, tendo em vista que o erro

<sup>74</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 287.

judiciário precisa ser a todo custo evitado, conforme preceitua a Constituição Federal (art. 5º, LXXV).<sup>75</sup>

Afirma, ainda, o doutrinador que “Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Filho e Antonio Scarance Fernandes sustentam que, quando o próprio réu colhe a prova ilícita para sua absolvição está, na realidade, agindo em legítima defesa, mas não deixam de destacar que essa aceitação é fruto da proporcionalidade (As nulidade no processo penal, p. 116)”<sup>76</sup>

Assim, tal entendimento parece justo, tendo em vista que leva-se a acreditar, quando não for possível reconhecer a legítima defesa, que seria um legítimo caso de inexigibilidade de conduta diversa por parte de quem está sendo injustamente acusado.

Aduz Fernando Capez que “a aceitação do princípio da proporcionalidade pro reo não apresenta maiores dificuldades, pois o princípio que veda as provas obtidas por meios ilícitos não pode ser usado como um escudo destinado a perpetuar condenações injustas.”<sup>77</sup>

Dessa forma, finaliza dizendo: “entre aceitar uma prova vedada, apresentada como único meio de comprovar a inocência de um acusado, e permitir que alguém, sem nenhuma responsabilidade pelo ato imputado, seja privado injustamente de sua liberdade, a primeira opção é, sem dúvida, a mais consentânea com o Estado Democrático de Direito e a proteção da dignidade humana.”<sup>78</sup>

De acordo com Eugênio Pacelli, “a prova da inocência do réu deve sempre ser aproveitada, em quaisquer circunstâncias. Em um Estado de Direito não há como se conceber a ideia da condenação de alguém que o próprio Estado acredita ser inocente. Em tal situação, a jurisdição, enquanto Poder Público, seria,

---

<sup>75</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 95.

<sup>76</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 95.

<sup>77</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 353.

<sup>78</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 353.

por assim dizer, uma contradição em seus termos. Um paradoxo jamais explicado ou explicável.”<sup>79</sup>

De igual entendimento do doutrinador Guilherme de Sousa Nucci, Eugênio Pacelli destaca, ainda, que:

“o aproveitamento da prova ilícita em favor da defesa, além das observações anteriores, constitui-se em critério objetivo de proporcionalidade, dado que: a) a violação de direitos na busca da prova da inocência poderá ser levada à conta de estado de necessidade, excludente da ilicitude; b) o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita constitui-se em garantia individual expressa, não podendo ser utilizado contra quem é o seu primitivo e originário titular.”<sup>80</sup>

Portanto, serão admissíveis as provas derivadas da ilícita nas hipóteses de fonte independente ou de inexistência de nexo de causalidade, assim como na hipótese de comprovação de inocência de acusado (neste caso, inclusive em se tratando de fonte originária).

---

<sup>79</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 377.

<sup>80</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 377.

### 3 UTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA PARA CONDENAÇÃO (POSSIBILIDADE OU NÃO DE SE UTILIZAR A PROVA ILÍCITA PARA CONDENAR. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, DA LEGALIDADE E DO DEVIDO PROCESSO PENAL; ESTUDO DE PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL)

Anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988, “a doutrina majoritária posicionava-se a favor da admissibilidade das provas ilícitas. Os autores entendiam que o juiz deveria aproveitar qualquer tipo de prova, independente do seu conteúdo. Os atos ilícitos deveriam ser enviados ao juízo penal, que deveria apurá-los. A jurisprudência também defendia este posicionamento, embasando esta corrente na medida em que era favorável à ideia do *male captum, bene retentum*.”<sup>81</sup>

A doutrina minoritária defendia a inadmissibilidade da prova ilícita, aceitando, excepcionalmente, sua utilização frente ao princípio da proporcionalidade.

Ocorre que, com a proximidade da promulgação da Constituição Federal de 1988, os tribunais brasileiros já viam adotando uma tendência para a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo brasileiro. Sendo assim, tal entendimento veio a ser confirmado através do artigo 5º, LVI, da Constituição Federal/88<sup>82</sup>.

Para Mougenot, o Princípio do devido processo legal substancia-se na “garantia de que o conteúdo da jurisdição é a legalidade (*nullus actum sine lege*), ou seja, o rigor de obediência ao previamente estabelecido na lei.”<sup>83</sup>

<sup>81</sup>COSTA, Susana Henriques da. Os poderes do juiz na admissibilidade das provas ilícitas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 31, n. 133, p. 85-120, mar 2006. p. 93.

<sup>82</sup>Art. 5º. “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:” LVI. “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 11 maio 2013.

<sup>83</sup>BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 71.

Fernando da Costa Tourinho Filho cita em seu livro o entendimento de Eduardo J. Couture, o qual afirma que “o *due process of law* consiste no direito de a pessoa não ser privada da liberdade e de seus bens, sem a garantia que supõe a tramitação de um processo desenvolvido na forma que estabelece a lei (cf. *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires: Depalma, 1951, p. 45)”<sup>84</sup>

Atualmente, parte da doutrina e da jurisprudência dos tribunais superiores por muitas vezes já questionaram a vedação da utilização das provas ilícitas, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, com o fim de “buscar o equilíbrio entre o respeito às garantias fundamentais do cidadão e um processo penal justo e eficaz.”<sup>85</sup>

De acordo com a doutrina de Mougénot, o princípio da proporcionalidade trata-se de um princípio mais importante, tendo em vista que “em caso de conflito de princípios funciona como método hermenêutico para dizer qual deles e de que forma prevalece sobre o outro princípio antagônico.”<sup>86</sup>

Na França e na Inglaterra, a utilização das provas ilícitas no processo está expressamente positivada, porém, pune-se os responsáveis pela sua produção. Entretanto, de acordo com Eugênio Pacelli, “essa realmente não é a melhor maneira de se tutelar os direitos e garantias individuais. Como anota Magalhães Filho, corre-se o risco de haver um verdadeiro incentivo da prática de ilegalidades, diante da menor expectativa que se deve ter de uma efetiva punição dos produtores da prova, até porque a prova estaria servindo aos interesses da acusação. (1997, p.102)”<sup>87</sup>

Dessa forma, é impossível fixar qualquer critério minimamente objetivo para o aproveitamento da prova ilícita pela aplicação da proporcionalidade. Isso porque, “a existência de um critério fixo e objetivo já estimularia a prática da ilegalidade, quando se soubesse, previamente a possibilidade do aproveitamento da

---

<sup>84</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 69.

<sup>85</sup> BONFIM, Edilson Mougénot. *Curso de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 352.

<sup>86</sup> BONFIM, Edilson Mougénot. *Curso de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 92.

<sup>87</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 376.

prova.”<sup>88</sup> Ocorre que, se considerarmos o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal como sendo um princípio absoluto, “poderá gerar por muitas vezes, situações de inegável desproporção, com a proteção conferida ao direito então violado (na produção da prova) em detrimento da proteção do direito da vítima do delito.”<sup>89</sup>

Dessa forma, salienta Susana Henriques da Costa que “a teoria da proporcionalidade traz consigo um alto grau de subjetivismo, já que seus elementos são valores considerados num plano abstrato. Portanto, a sua aplicação jurisprudencial é cercada de dúvidas e incertezas.”<sup>90</sup>

Ada Pellegrini Grinover tem a aplicação do princípio da proporcionalidade às provas ilícitas como um “instrumento necessário para a salvaguarda e manutenção de valores conflitantes, desde que aplicado única e exclusivamente em situações tão extraordinárias que levariam a resultados desproporcionais, inusitados e repugnantes, se inadmitida a prova ilicitamente colhida.”<sup>91</sup>

A Alemanha e alguns países da Europa utilizam, em suas jurisprudências, o princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*) “para fins de permitir, sempre excepcionalmente, o aproveitamento de provas obtidas ilicitamente.”<sup>92</sup>

Dessa forma, a proporcionalidade baseia-se “no princípio do equilíbrio entre os valores contrastantes (admitir uma prova ilícita para um caso de extrema necessidade significa quebrar um princípio geral para atender a uma finalidade excepcional justificável). Para essa teoria, a proibição das provas obtidas por meios

<sup>88</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 377.

<sup>89</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 376.

<sup>90</sup> COSTA, Susana Henriques da. Os poderes do juiz na admissibilidade das provas ilícitas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 31, n. 133, p. 85-120, mar 2006. p. 89.

<sup>91</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *apud* COSTA, Susana Henriques da. Os poderes do juiz na admissibilidade das provas ilícitas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 31, n. 133, p. 85-120, mar 2006. p. 89.

<sup>92</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 376.

ilícitos é um princípio relativo, que excepcionalmente, pode ser violado sempre que estiver em jogo um interesse de maior relevância ou outro direito fundamental com ele contrastante.”<sup>93</sup>

A proporcionalidade consubstancia-se em três subprincípios, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, conforme a doutrina de Mougén<sup>94</sup>.

Entende-se por adequação, “a medida apta para alcançar o bem visado. É uma relação de meio e fim. (...) A necessidade – ou exigibilidade – impõe que a medida adotada represente gravame menos relevante do que o interesse que se visa tutelar (ou seja, resulte numa relação custo/benefício que se revele benéfica). (...) E “proporcionalidade em sentido estrito”, quando se faz um balanço entre os bens ou valores em conflito, promovendo-se a opção.”<sup>95</sup>

De igual entendimento, Capez afirma que o princípio da proporcionalidade requer três qualidades para o ato administrativo: “1) adequação, ou seja, o meio empregado na atuação deve ser compatível com a sua finalidade; 2) exigibilidade, isto é, a conduta deve ser necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para atingir o fim público; 3) proporcionalidade em sentido estrito, em que as vantagens almejadas superem as desvantagens.”<sup>96</sup>

Sendo assim, “conforme informa Avolio: “(...) a jurisprudência alemã admite exceções à proibição geral de admissibilidade (e de utilizabilidade) das provas formadas ou obtidas inconstitucionalmente, quando se tratar de realizar exigências superiores de caráter público ou privado, merecedoras de particular tutela.”<sup>97</sup>

No Direito norte-americano, de onde importamos a vedação constitucional de admissibilidade de provas ilícitas, “exibe, como regra, quase

---

<sup>93</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 351-352.

<sup>94</sup> BONFIM, Edilson Mougén. *Curso de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 93.

<sup>95</sup> BONFIM, Edilson Mougén. *Curso de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 94.

<sup>96</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 352.

<sup>97</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 352.



absoluta, a vedação à prova ilícita, se e quando produzida pelos agentes do Estado.”<sup>98</sup> Neste caso, o princípio da proporcionalidade, lá razoabilidade, está ligado ao controle dos atos do poder público. Sendo assim, são utilizados inúmeros princípios para o afastamento da inutilização da prova ilícita, como por exemplo, o princípio da boa-fé na produção da prova ilícita.

Pacelli entende que “o critério da proporcionalidade poderá validamente ser utilizado, nas hipóteses em que não estiver em risco a aplicabilidade potencial e finalística da norma da inadmissibilidade.”<sup>99</sup> Ou seja, “quando não se puder falar no incremento ou no estímulo da prática de ilegalidade pelos agentes produtores da prova, pensamos ser possível, em tese a aplicação da regra da proporcionalidade.”<sup>100</sup>

Ocorre que há uma impossibilidade de se fazer distinções entre a prova ilícita produzida pelo Estado e aquela produzida pelos particulares, tendo em vista que os direitos de personalidade devem ser respeitados tanto na relação entre Estado e particulares quanto na relação entre particulares, dando assim, eficácia horizontal aos direitos fundamentais<sup>101</sup>.

Como bem observa Pacelli, “é de se ver, mais, que se atuação do particular, na busca da prova, estivesse dirigida pelos agentes do Estado, tais considerações não teriam cabimento, por óbvio. E também não se pode sustentar, por ora, no contexto de nossa realidade atual, que os particulares estariam sendo incentivados a buscar a prova, a qualquer custo, para com ela obterem a condenação de seu agressor. Se e quando isso ocorrer, semelhante realidade também haverá de integrar o conjunto dos elementos que devem ser considerados em quaisquer juízos de proporcionalidade.”<sup>102</sup>

---

<sup>98</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 376.

<sup>99</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 377.

<sup>100</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 377.

<sup>101</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 379.

<sup>102</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 380.

Como já dito anteriormente, para o direito norte-americano, a norma de vedação da prova obtida ilicitamente foi criada com o intuito de controlar os abusos dos agentes do Estado contra particulares, sendo assim, para o direito norte-americano, são aceitas, sem maiores problemas, as provas obtidas ilicitamente por particulares, sob o fundamento de que a norma da inadmissibilidade da prova ilícita foi criada dirigindo-se ao Estado, e não aos particulares.

O doutrinador Guilherme de Sousa Nucci ressalta que parcela da doutrina costuma trabalhar com a teoria da proporcionalidade quanto à possibilidade de se acolher a prova ilicitamente produzida, “cuja finalidade é equilibrar os direitos individuais e os interesses da sociedade, não se admitindo, pois, a rejeição contumaz das provas obtidas por meios ilícitos. Sustentam os defensores dessa posição que é preciso ponderar os interesses em jogo, quando se viola uma garantia qualquer.”<sup>103</sup>

Porém para ele, “não seria momento para o sistema processual penal brasileiro, imaturo ainda em assegurar, efetivamente, os direitos e garantias individuais, adotar a teoria da proporcionalidade. Necessitamos manter o critério da proibição plena da prova ilícita, salvo nos casos em que o preceito constitucional se choca com outro de igual relevância.”<sup>104</sup>

Conclui, Nucci, ainda, que não se consegue, com respeito aos que pensam em sentido contrário a ele, “admitir uma liberdade maior para a atuação policial, desgarrada das proteções constitucionais, em nome da segurança pública, pois ainda não possuímos um Estado-investigação devidamente preparado e equilibrado. Não se pode conceder *carta branca* quem não se educou sob a era da democrática Constituição de 1988, razão pela qual somos favoráveis à manutenção do critério da proibição da prova ilícita por derivação.”<sup>105</sup>

---

<sup>103</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 95.

<sup>104</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 95.

<sup>105</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 96.

Ocorre que, como bem entende Capez, não é razoável a postura inflexível de se desprezar, sempre, toda e qualquer prova ilícita. Em alguns casos, o interesse que se quer defender é muito mais relevante do que a intimidade que se deseja preservar. Assim, surgindo conflito entre princípios fundamentais da Constituição, torna-se necessária a comparação entre eles para verificar qual deva prevalecer. Dependendo da razoabilidade do caso concreto, ditada pelo senso comum, o juiz poderá admitir uma prova ilícita ou sua derivação, para evitar um mal maior, como, por exemplo, a condenação injusta ou a impunidade de perigosos marginais. Os interesses que se colocam em posição antagônicas precisam ser cotejados, para escolha de qual deva ser sacrificado. Exemplifica, ainda, Capez, o caso de uma “organização criminosa que teve ilegalmente seu sigilo telefônico violado e descoberta toda a sua trama ilícita. O que seria mais benéfico para a sociedade: o desbaratamento do grupo ou a preservação do seu “direito de intimidade”?”<sup>106</sup>

Nesse sentido já havida decido o Supremo Tribunal Federal por afastar a Teoria dos frutos da árvore envenenada, aceitando a utilização da prova ilícita por derivação no processo penal no caso do julgamento do HC 69.912-0-RS (DJ, 26 nov. 1993).

No caso em concreto analisado, “o Min. Sepúlveda Pertence, manifestando-se pela inadmissibilidade dessas provas, chegou a afirmar em seu voto, ao final vencido, que essa teoria é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita, porque de nada adiantaria vedar a própria interceptação e admitir que as informações nela colhidas pudessem ser aproveitadas.”<sup>107</sup>

Neste mesmo sentido, foram os votos dos Ministros Francisco Rezek, Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Celso de Mello.

Em sentido contrário e vencedor, posicionou-se o Ministro Moreira Alves sustentando que “é preferível a admissão dessas provas a garantir a

---

<sup>106</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 352.

<sup>107</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 350.

impunidade de organizações criminosas, em uma clara adoção ao princípio da proporcionalidade.”<sup>108</sup>

De igual entendimento foi o posicionamento dos Ministros Carlos Velloso, Paulo Brossard, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Luiz Gallotti, em seus respectivos votos.

Sendo assim, o resultado do julgamento foi de 6x5, admitindo serem válidas as provas ilícitas por derivação no processo penal, ao analisar o caso concreto, aplicando-se, assim, o princípio da proporcionalidade.

Ocorre que, houve um incidente posterior a este julgamento, de modo que o Ministro Néri da Silveira estava impedido para participar daquele julgamento, tendo em vista que seu filho havia atuado naquele processo na qualidade de membro do Ministério Público.

Dessa forma, acolhendo a impugnação feita pela defesa, foi realizada nova votação, no dia 16 de dezembro de 1993, da qual o Ministro Néri da Silveira não pode participar, cujo resultado foi de 5x5, com a consequente concessão da ordem, tendo em vista que empate favorece o paciente.

Porém, o resultado não alterou o posicionamento majoritário da Suprema Corte àquela época, no sentido de se admitir a utilização da prova ilícita frente à aplicação do princípio da proporcionalidade.

Hoje, dada a sua nova composição, o entendimento majoritário da Suprema Corte é no sentido da inadmissibilidade da utilização da prova ilícita no processo penal.

Outro caso bastante interessante é o exemplo do julgamento do RE nº 251.445/GO, referido por Eugênio Pacelli de Oliveira:

---

<sup>108</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 350.

“Trata-se de decisão da Suprema Corte, no julgamento do RE nº 251.445/GO (DJU 3.8.2000), Relator o eminente Ministro Celso de Mello, cuidando da seguinte hipótese: “T (em referência a um terceiro), sabendo da prática habitual de crimes contra crianças e adolescentes, por parte de R (réu, na ação penal em comento), adentrou o local de trabalho deste, dali subtraindo diversas fotografias nas quais apareciam diversas crianças nuas e/ou mantendo relações sexuais. De posse do matéria incriminador, T passou a exigir de R a entrega de dinheiro, sob ameaça de entregar as fotografias à Polícia. Recusada a exigência, as fotos foram efetivamente entregues à autoridade policial, terminando por instruir ação penal instaurada contra R.”

Após a absolvição em segunda instância, a Suprema Corte terminou por rejeitar o recurso aviado, sob o fundamento da inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente, com violação ao domicílio de R.”<sup>109</sup>

De acordo com Eugênio Pacelli de Oliveira, analisando o caso em concreto apresentado acima, “a Suprema Corte perdeu uma grande oportunidade de aplicação do critério da proporcionalidade, sobretudo porque se encontrava diante de uma situação em que as lesões, presentes e futuras, causadas pela infração criminal eram (e serão), a senso comum, imensamente maiores que aquela decorrente da violação do domicílio.”<sup>110</sup>

Conclui, ainda, que “a aplicação da norma da vedação das provas ilícitas *naquele caso* não cumpriu qualquer um de seus propósitos finalísticos.”

Dessa forma, como bem ensina o doutrinador Eugênio Pacelli, “a Suprema Corte “deveria estar um pouco mais atenta no que respeita à possibilidade, sempre excepcional é certo, da aplicação do princípio da proporcionalidade em tema de provas ilícitas, no que, aliás, nem de longe, seria a pioneira.”<sup>111</sup>

O Supremo Tribunal Federal já decidiu pela aplicação do princípio da proporcionalidade quando do julgamento do caso que envolvia “a extradição de uma artista mexicana, e diante da alegação, feita por esta, de que teria sido vítima de

<sup>109</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 378.

<sup>110</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 378.

<sup>111</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 380.

estupro no interior das dependências da Polícia Federal.”<sup>112</sup> Sendo assim, o “Supremo Tribunal Federal deferiu a produção de exame de DNA na placenta da gestante, recolhida sem a autorização desta, com fundamento em uma necessária ponderação, entre valores constitucionais contrapostos, (...)”.

Ressalte-se que o meio de prova utilizado seria ilegal, tendo em vista que não há lei brasileira autorizando o exame de DNA contra a vontade do titular do material recolhido. “Tem-se, portanto, e inegavelmente, que a Suprema Corte valeu-se de critério de proporcionalidade para a aceitação de prova não prevista em lei, portanto, inicialmente inadmissível. E mais: em favor da acusação.”<sup>113</sup> Dessa forma, cabível e oportuno o juízo de razoabilidade, para uma adequada aplicação do Direito.

Para o doutrinador Fernando Capez, “a prova se imprescindível, deve ser aceita e admitida, a despeito de ilícita, por adoção do princípio da proporcionalidade, que deve ser empregada pro reo ou pro societate.”<sup>114</sup>

Porém, ressalva da adoção ao princípio da proporcionalidade “a prática de tortura, que por afrontar normas de direito natural, anteriores e superiores às próprias Constituições, jamais pode ser admitida, seja para que fim for.”<sup>115</sup>

Assim, a inadmissibilidade das provas ilícitas não deve ser absoluta, tendo em vista que “afronta o princípio do livre convencimento do juiz, na medida em que obriga o magistrado a desconsiderar a realidade, ou seja, a busca da verdade real.”<sup>116</sup>

Como podemos verificar, é possível a aplicação do princípio da proporcionalidade ao princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal, dependendo da hipótese concreta.

<sup>112</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 380.

<sup>113</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 381.

<sup>114</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 355.

<sup>115</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 355.

<sup>116</sup> BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 350.

Portanto, é considerada admissível as provas obtidas por meios ilícitos quando pode-se observar a presença de um valor mais relevante, qual seja, o interesse público.

## CONCLUSÃO

As provas são os meios pelos quais se busca estabelecer a verdade de um determinado fato, contribuindo, dessa forma, para a formação do convencimento do julgador acerca da lide.

Sendo assim, cabe ao Estado a apuração e o esclarecimento dos fatos e de todas as suas circunstâncias com o intuito de se obter o mínimo de elementos probatórios que indiquem a ocorrência de uma infração penal e de sua autoria.

Concluimos, então, que os meios de provas permitidos em nossa legislação são bem mais abrangentes do que o rol elencado nos artigos 158 a 251, do Código de Processo Penal. Porém, essa ampla liberdade da prova encontra limites.

Reza o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Prova ilegal é o gênero, sendo que se subdivide em duas espécies, quais sejam, prova ilícita e prova ilegítima. Entende-se por prova ilegítima toda a prova cuja colheita estaria ferindo norma de natureza processual penal, dessa forma, tem-se a solução no próprio processo penal, uma vez que o Código de Processo Penal determina as sanções correspondentes a cada transgressão, que pode ser a nulidade processual.

Já a prova ilícita é “quando a norma afrontada possua um “conteúdo material (assecuratório de direitos)” e que essa violação ocasione, direta ou indiretamente, ofensa à garantia ou a princípio constitucional.”<sup>117</sup>

Ocorre que, após a alteração do artigo 157, do Código de Processo Penal, através da Lei nº 11.690 de 2008, extinguiu-se a diferença entre provas

---

<sup>117</sup> TEIXEIRA, Ana Paula Furlan. Prova Ilícita. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 35, n. 2, p. 160-181, jul./dez 2009. p. 164.



ilegítimas e provas ilícitas, tendo em vista que a nova redação do referido artigo passou assim a dispor: “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim, entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.<sup>118</sup>

Sendo assim, resta claro que as provas ilegítimas foram inseridas no rol das provas ilícitas. Porém, embora a nova redação do artigo 157, do Código de Processo Penal tenha acabado com a distinção entre provas ilícitas e ilegítimas, é importante dar atenção à diferença dos conceitos, uma vez que as consequências advindas da introdução de cada uma delas no processo penal são distintas.

No direito processual brasileiro, a doutrina e jurisprudência já adotavam a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, que consiste na afirmação de que as provas ilícitas por derivação devem igualmente ser desprezadas do processo penal, pois “contaminadas” pelo vício (veneno) da ilicitude do meio usado para obtê-las.

Com a vigência da Lei nº 11.690 de 2008, inseriu-se de forma expressa à legislação brasileira a teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação (artigo 157, § 1º, do Código de Processo Penal<sup>119</sup>).

Porém, não é sempre que, estando diante de uma prova obtida ilicitamente, que a consequência será a inadmissibilidade de todas as outras provas subsequentes a ela. É o caso de quando não se evidenciar o nexo de causalidade entre as provas ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

Em relação à demonstração do nexo de causalidade entre as provas – a ilícita e a que dela supostamente decorreu –, podemos observar que tal previsão

---

<sup>118</sup> BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, 03 out 1941. Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 11 maio 2013.

<sup>119</sup> Art. 157, § 1º. “São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.”

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, 03 out 1941. Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 11 maio 2013.

torna-se um tanto quanto desnecessária, tendo em vista que se o vínculo não estiver evidenciado, é intuitivo que não se trata de uma prova derivada.

Em relação a exceção que diz respeito à prova de fonte independente, o legislador tratou de conceituar o instituto (artigo 157, §2º, do Código de Processo Penal), considerando fonte independente como sendo aquela que, por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

Ocorre que o conceito dado à fonte independente do legislador confunde-se com a teoria da descoberta inevitável, muito utilizado no direito estadunidense, que consiste em afirmar que “a prova tem efetivamente uma origem ilícita, mas as circunstâncias do caso permitem considerar, por hipótese, que seria inevitavelmente obtida, mesmo se suprimida a fonte ilícita.”<sup>120</sup>

Já a teoria da fonte independente “supõe que o dado probatório possua efetivamente duas origens, uma ilícita e outra lícita, subsistindo como elemento de convicção válido, mesmo com a supressão da fonte ilegal.”<sup>121</sup> Fonte de prova independente é apenas isso: prova não relacionada com os fatos que geraram a produção da prova contaminada.

Dessa forma, deve haver um exame cuidadoso de cada situação concreta, avaliando a eventual derivação da ilicitude.

Há também a possibilidade da prova obtida ilicitamente ser utilizada para comprovação de inocência. O princípio que embasa tal aceitabilidade da prova ilícita é o princípio da proporcionalidade, que ao comparar o instituto da comprovação de inocência e o da proibição da prova obtida ilicitamente, prevalecerá sempre o primeiro.

---

<sup>120</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciência Criminais 2010 – RBCCRIM* 85, v. 18, n. 85, p. 393-410, jul./ago. 2010. p. 406.

<sup>121</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciência Criminais 2010 – RBCCRIM* 85, v. 18, n. 85, p. 393-410, jul./ago. 2010. p. 404.

Dessa forma, há doutrinadores que sustentam que nesse caso, o acusado estaria amparado pela excludente de ilicitude, pois estaria agindo em legítima defesa, mas sempre destacando-se que essa aceitabilidade da utilização da prova ilícita *pro reo* é fruto da aplicação da Teoria da Proporcionalidade. Sendo assim, a prova da inocência do réu deve sempre ser aproveitada, mesmo quando obtida ilicitamente, uma vez que a vedação da utilização das provas ilícitas não pode ser um escudo para perpetuar condenações injustas.

Apesar da vedação da utilização das provas ilícitas no processo penal, temos a possibilidade da admissibilidade de prova ilícita no processo penal frente ao emprego do Princípio da Proporcionalidade, mesmo quando em prejuízo ao acusado, favorecendo, assim, à acusação.

Para a teoria da proporcionalidade, “a proibição das provas obtidas por meios ilícitos é um princípio relativo, que excepcionalmente, pode ser violado sempre que estiver em jogo um interesse de maior relevância ou outro direito fundamental com ele contrastante.”<sup>122</sup>

Ocorre que este princípio carrega um alto subjetivismo, tendo em vista que os seus valores são considerados em um plano abstrato, portanto, a sua aplicação é cercada de dúvidas e incertezas.

A proporcionalidade consubstancia-se em três subprincípios, quais sejam adequação (o meio empregado deve ser harmônico com o fim desejado); necessidade (a conduta deve ser exigível, não havendo outro meio de se atingir a finalidade); e proporcionalidade em sentido estrito (vantagens almejadas superem as desvantagens).

Para o direito norte-americano, a inadmissibilidade das provas ilícitas é quase absoluta quando se trata de provas produzidas pelos agentes estatais, uma vez que a vedação surgiu com o intuito de controlar os abusos do Estado contra os particulares. Ocorre que é inviável fazer tal distinção, tendo em vista que os direitos

---

<sup>122</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 351-352.

de personalidade devem ser respeitados tanto na relação entre particulares e Estado, quanto na relação entre particulares.

Sendo assim, não é razoável a postura inflexível de se desprezar, sempre, toda e qualquer prova ilícita, uma vez que, em muitos casos, o interesse que se quer defender é muito mais relevante do que a intimidade que se deseja preservar.

Assim, é considerada admissível as provas obtidas por meios ilícitos quando pode-se observar a presença de um valor mais relevante, qual seja, o interesse público, dessa forma, dá-se efetividade ao princípio da proporcionalidade.

## REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ARTEIRO, Rodrigo Lemos. A nova posituação normativa das provas ilícitas, *Encontro de Iniciação científica*, São Paulo, v. 4, n. 4, 2008. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1879/1784>>.

ASSIS, Drieper Chagas de. Provas ilícitas no processo penal – vedação constitucional e o direito de defesa. *Revista Jurídica INIJUS*, Uberaba, v. 12, n. 16, p. 169-184, maio 2009.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas, atualizada em face da Lei 9.296/96 e da Jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. 2009. *apud* TEIXEIRA, Ana Paula Furlan. Prova Ilícita. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 35, n. 2, p. 160-181, jul./dez 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, 03 out 1941. Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>.

BRASIL. *Lei nº 5.869, 11 jan 1973. Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm)>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. *ADPF 130*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Carlos Britto. Brasília, 30 abril 2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=12837>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. HC 80.949. Primeira Turma. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 30 out 2001. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1938813>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. HC 90.094. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, 06 ago 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2444863>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em *Habeas Corpus*. RHC 90376. Segunda Turma. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, 03 abril 2007. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RHC%24%2ESCLA%2E+E+90376%2ENUME%2E%29+OU+%28RHC%2EACMS%2E+ADJ2+90376%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/asurf6n>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. HC 93.050. Tribunal Pleno. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, 01 ago 2008. Disponível em : <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+93050%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+93050%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bawg6ma>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 251445-4. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, 03 ago 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+251445%2ENUME%2E%29&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/antzjmz>>.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

COSTA, Paulo Christian Souza. Inadmissibilidade das provas ilícitas. *Revista da Justiça Federal*: Amazonas, v. 3, n. 6, p. 65-71, jul./dez. 2005.

COSTA, Susana Henriques da. Os poderes do juiz na admissibilidade das provas ilícitas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 31, n. 133, p. 85-120, mar 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciência Criminais 2010 – RBCCRIM* 85, v. 18, n. 85, p. 393-410, jul./ago. 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TEIXEIRA, Ana Paula Furlan. Prova Ilícita. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 35, n. 2, p. 160-181, jul./dez 2009.

TESSEROLI FILHO, Nourmirio Bittencourt. *Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada*. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/teoria-dos-frutos-da-arvore-envenenada/10575/#ixzz2BGTRCqmZ>>.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.